

La scelta del Ctu è veramente “cosa del giudice”?

ANTONIO SCARPA, FERRUCCIO AULETTA

1. La legge 18 giugno 2009, n. 69 ha inciso sull'atto di nomina del Consulente Tecnico d'Ufficio, modificando innanzitutto l'art. 191, comma 1°, c.p.c., (in forza dell'art. 46, comma 4, della *Legge di Riforma*), mediante due innovazioni. La prima relativa al “quando”, che meglio ricolloca nella sequenza processuale il provvedimento di designazione, ormai di regola fatto coincidere dal legislatore con l'ordinanza ammissiva dei mezzi di prova ex art. 183, comma 7°, c.p.c.; la seconda, invece, afferente il “quid” e il “quomodo” dell'atto di nomina, vincolandosi il giudice a formulare già in esso “i quesiti”, con ciò evidenziandosi la necessità di una rigorosa delimitazione dell'incarico assegnato dal Giudice all'ausiliare, in maniera da estirpare l'adozione di formule pigre e stereotipate, quale il laconico esodo, purtroppo ancora diffuso in certe usanze, che rimette all'ausiliare di accertare “quanto altro utile a fini di giustizia” (proprio la formulazione di quesiti nell'ordinanza di nomina era uno dei vari accorgimenti, in tema di modalità e tempi della CTU, recepito nel “Libro Bianco” dell'ANM sul Processo Civile, presentato nel Convegno “Processo ed organizzazione”, svoltosi a Roma il 12 e 13 dicembre 2003). La seconda novità introdotta dalla l. n. 69/2009 in tema di nomina del CTU è costituita dall'ampliamento dell'art. 23, disp. att. c.p.c., concernente la vigilanza del presidente del tribunale sulla distribuzione degli incarichi, vigilanza ora regolata da un criterio proporzionale, in base al quale a nessuno dei consulenti iscritti dovrebbero essere conferiti incarichi in misura superiore al 10 per cento di quelli affidati dall'ufficio (criterio apparentemente rigido, ma di contorto funzionamento, essendo all'evidenza questo limite percentuale verificabile solo *ex post*, e giammai *ex ante*: cfr. P. G. DEMARCHI, *Il nuovo processo civile*, Milano 2009, 227).

Se la riformulazione degli artt. 191 c.p.c. e 23 disp. att. c.p.c. ha, per certi versi, rafforzato l'immagine della "nomina" del CTU come atto proprio ed esclusivo del giudice — chiamato ora espressamente dalla legge a dettagliare nel suo provvedimento il tema dell'indagine peritale e ad operare anche speciosi calcoli preventivi per garantire l'equa distribuzione degli incarichi — resta aperto il discorso sulla possibilità, o, forse meglio, sulla necessità, che la "scelta" dell'ausiliario sia invece momento prodromico di responsabilizzazione condiviso tra il magistrato e le parti.

2. La giurisprudenza edita risulta al riguardo chiusa in un atteggiamento conservatore, geloso, a suo dire, dell'insindacabile discrezionalità della scelta giudiziale del consulente tecnico. Alle norme di cui agli artt. 61 c.p.c. e 13 e 22, comma 2, disp. att. c.p.c. si riconoscono nelle sentenze natura e finalità meramente direttive (Cass. 12 aprile 2001, n. 5473). Mentre alle parti è accordato uno strumento di sola reazione, con scopo rescindente rispetto alla scelta del consulente tecnico unilateralmente operata dal giudice, strumento consistente nella istanza di ricusazione operata ai sensi degli art. 63 e 51 c.p.c., e limitato alla rimozione di eventuali dubbi circa l'obiettività e l'imparzialità del consulente tecnico (Cass., 17 novembre 1997, n. 11412; Cass., 12 febbraio 1990, n. 1000). Sovrano sarebbe invece l'apprezzamento del giudice quanto alla categoria professionale di appartenenza del consulente ed alla competenza qualificata dello stesso in relazione alla questione tecnica da risolvere; alla parte non resterebbe che il potere di muovere censure alla consulenza ormai effettuata, denunciandola come erronea, ovvero inidonea per incompetenza scientifica della persona nominata (Cass., 24 gennaio 1986, n. 481; Cass., 27 marzo 1984, n. 2005; Cass. 24 febbraio 1983, n. 1428).

La terzietà — imparzialità del consulente tecnico d'ufficio, il quale non deve essere legato a nessuna delle parti del processo, sembra pertanto garantita unicamente dal demandarne la nomina al giudice, organo per il quale l'imparzialità è autonomamente e preliminarmente prescritta; di tal che le parti neppure possono in alcun modo dolersi di non aver partecipato alla nomina del perito (cfr. *Cass.*, 22 luglio 2004, n. 13667, anche per i riferimenti all'art. 6.1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo con le sentenze 20/2/96 Vermeulen c. Belgio, 31/10/95 Papamichalopoulos c. Grecia, e 18/3/97 Mantovanelli c. Francia).

Così, in generale, i commenti sono poco inclini a distinguere i ruoli dei soggetti del processo nella fase della scelta della persona fisica che debba assumere il ruolo di ausiliario e nella conseguente fase di nomina del consulente d'ufficio (cfr. M. CATALDI, *La nomina del C.T.U.*, in *Giur. mer.* 2007, 11, 2799). Il problema della accurata individuazione del CTU, ovvero di un esperto che assicuri l'acquisizione di nozioni tecniche affidabili, "tocca al giudice", quale *gatekeeper* delle prove scientifiche. È dal giudice che si pretende la conoscenza delle condizioni occorrenti perché un'informazione sia dotata di validità scientifica; un giudice che si immagina non "scienziato", ma comunque provvisto di buona preparazione epistemologica, per di più articolata in funzione delle caratteristiche delle diverse aree del sapere scientifico che entrano in gioco nel processo (così M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2005, 4, 1079 ss.).

3. Va subito chiarito che la garanzia di una effettiva partecipazione delle parti alla scelta del Consulente Tecnico d'Ufficio non significherebbe certo trasformare il provvedimento di nomina ex art. 191 c.p.c. in un atto complesso ad *iter* progressivo, in modo da rendere il concorso della volontà dei contendenti nella designazione del consulente insopprimibile garanzia dell'imparzialità dell'ausiliare.

Ben diverso è peraltro il ruolo assunto dal giudice che provveda nel corso di un giudizio di cognizione alla nomina del CTU rispetto al compito cui il giudice adempie, ad esempio, nelle tante ipotesi codicistiche della disciplina societaria allorché debba procedere alla nomina di un esperto (cfr. artt. 2343, comma 1°, 2343 bis, comma 2°, 2437 ter, comma 6°, 2501 sexies, comma 3°, 2545 undecies, comma 2°, c.c.), ipotesi tutte in cui la legge sostanziale vuole che sia accertato, da parte di soggetto munito dei necessari requisiti di professionalità e di terzietà, in quanto tale designato dal tribunale, il valore effettivo di determinati beni o dell'intero patrimonio sociale, condizionando l'efficacia dell'operazione collegata alla valutazione appunto rimessa all'esperto nominato.

L'intervento del giudice, in queste fattispecie, non si limita perciò alla nomina incidentale dell'esperto, ma abbraccia necessariamente pure la precedente fase dell'individuazione dello stesso, ovvero della valutazione dei requisiti soggettivi che lo rendano idoneo a valutare tutti gli interessi generali e particolari coinvolti. La nomina dell'esperto investito dell'attività di stima del patrimonio sociale è dunque l'*atto finale* del giu-

dice, è lo scopo ultimo del procedimento a lui affidato, fondato su una designazione operata *ad personam*, cui le parti devono rimanere estranee. Viceversa, il consulente tecnico è chiamato a sopperire alla insufficienza delle conoscenze tecniche e scientifiche del giudice e delle stesse parti, ed a fornire perciò quelle regole di valutazione delle risultanze probatorie che non si identifichino con le norme del diritto.

La scelta del consulente tecnico non quindi è *atto finale*, ma *atto funzionale* alla decisione del giudice ed alla composizione della lite, nella quale l'ausiliare inserisce nozioni che esulano dal comune bagaglio di esperienze dell'uomo medio.

4. Invero, la crescente incidenza che le indagini peritali hanno progressivamente assunto in ampi settori del contenzioso civile (si pensi, ad esempio, alla materia contabile, al tema della responsabilità professionale, al contenzioso nei settori previdenziali ed assistenziali, ai giudizi risarcitori per danni biologici, agli accertamenti dei rapporti di filiazione) ha indotto la nostra scienza giuridica ad elaborare nuovi assetti sistematici, in maniera da ricomprendere la consulenza tecnica nella categoria processuale dei mezzi tipici di prova.

Il diffondersi di prove ad elevato contenuto scientifico ha inoltre giustificato il ricorso alla consulenza tecnica con funzione accertativa, e non più semplicemente assistenziale e valutativa.

Le stesse premesse argomentative portano ad avvalersi della consulenza tecnica non soltanto incaricando l'ausiliare di valutare i fatti accertati o dati per esistenti (cosiddetto "*consulente deducente*"), ma anche di accertare i fatti stessi ("*consulente percipiente*"), quando appunto si tratti di fatti la cui conoscenza postula specifiche competenze.

Ancora: gli artt. 696 e 696 *bis* c.p.c., per come previsti dalla l. n. 80 del 2005, avvalorano la prospettiva di una funzione squisitamente probatoria della consulenza tecnica, che addirittura diviene nella pratica uno strumento di fondamentale importanza per la risoluzione delle controversie.

Le diffuse soluzioni giurisprudenziali e le più recenti tendenze normative rischiano così di convalidare l'idea di un'abituale abdicazione del potere decisorio in favore del consulente, dando concretezza allo spettro della condizione di "soggezione del giudice al perito", autorevolmente rappresentata da parte della dottrina, quale deriva della prassi processuale italiana.

Nella nostra tradizione culturale, l'introduzione nel processo delle nozioni scientifiche necessarie per il giudizio è affidata per principio

non all’iniziativa delle parti, ma al giudice, tant’è che il consulente viene significativamente definito suo “ausiliario”.

In questa congenita funzione “servente”, in cui il sistema relega il CTU rispetto al giudice, si annida però, secondo molti, il pericolo che la prova scientifica tenda a “sfuggire alle regole del contraddittorio”, ergendosi nella prassi il consulente a sovrano di un sub procedimento istruttorio *bonsai*, diciamo su scala “uno a due”, lì dove: i chiarimenti richiesti dal CTU alle parti, a norma dell’art. 194 c.p.c., dissimulano il libero interrogatorio delle stesse, e duplicano il compito rimesso al giudice nell’udienza di trattazione dal comma 4° dell’art. 183 c.p.c.; le informazioni assunte da terzi, sempre ex art. 194 c.p.c., imitano la prova per testimoni; i rilievi eseguiti dal tecnico equivalgono ad ispezioni; e i documenti esaminati durante le indagini peritali eludono preclusioni istruttorie e regole per la rituale produzione degli stessi.

Tutto ciò fa ritenere nei fatti (al di là delle critiche astratte sulle riforme del processo civile, in tal senso orientate e sempre in cantiere) come ormai pericolosamente imboccata la strada dell’allontanamento del giudice dalla prova (si veda B. CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2008, 3, 947 ss.).

5. Per scongiurare questa deriva, sembra massimamente opportuna una maggiore corresponsabilizzazione delle parti del processo civile nell’uso probatorio della scienza.

Va probabilmente in questa direzione già la teoria che ispira il cosiddetto “principio della vicinanza della prova”, secondo cui, nelle obbligazioni professionali — per le quali il difetto di diligenza imputabile al debitore consiste nell’inosservanza delle regole tecniche che ne governano il tipo di attività al quale il debitore è tenuto — non dovrebbe dubitarsi che la prova sia «vicina» a chi abbia eseguito la prestazione.

Nella generale tematica della prova dell’inadempimento, così, la prova dell’incolpevolezza del debitore si reputa tanto più riferibile alla sfera d’azione di quest’ultimo, quanto più l’esecuzione della prestazione consista nell’applicazione di regole tecniche, sconosciute al creditore, perché estranee al bagaglio della comune esperienza, ed invece specificamente proprie di quello del debitore (cfr. indicativamente Cass. 28 maggio 2004, n. 10297 e Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, in *Danno e resp.* 2005, 23 ss.).

Questo significa dar rilievo, almeno sul terreno del carico probatorio, allo specifico sapere scientifico delle parti.

Allo stesso modo, la scelta della persona da nominare CTU dovrebbe coinvolgere le allegazioni delle parti, ciò consentendo indirettamente, tra l'altro, di accorciare le distanze tra il nostro ordinamento e quegli ordinamenti stranieri che adeguatamente valorizzano il sapere dei contendenti.

Ad evitare incoerenze logiche, il giudice che maturi nel corso del giudizio la consapevolezza che il senso comune e la sua cultura personale non bastino a dare risposta ai quesiti di carattere scientifico posti dai fatti sui quali dovrà decidere non può essere "lasciato solo" nella scelta dell'esperto che possa fornirgli quei dati e quelle informazioni scientifiche che egli ignora.

Appare come un paradosso rimettere fideisticamente al giudice, che sa di non disporre delle conoscenze occorrenti per formulare un giudizio sui fatti, l'individuazione incontrollata dello scienziato più valido ed attendibile.

Come può il giudice, muovendosi ramingo nell'Albo degli iscritti, vagliare l'affidabilità e l'attendibilità delle conoscenze di un esperto, chiamato ad impiegare nozioni che lo stesso giudice non possiede? (si veda in proposito F. CAPRIOLI, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.* 2008, 9, 3520 ss.).

Solo sotto l'aspetto vanamente formale, la "particolare competenza tecnica" del consulente viene garantita dalla iscrizione "negli albi speciali" di cui agli artt. 61 c.p.c. e 13 e ss. disp. att. c.p.c.; non possono certo rassicurare il giudice, circa l'elevato livello di specializzazione del consulente, i generici requisiti di iscrizione posti dall'art. 15 disp. att. c.p.c..

La superficialità con cui i nostri operatori affrontano il tema della scelta del CTU è segnalata dalla dottrina come l'indicatore di un'arretratezza culturale del dibattito interno sulla giustizia civile, a fronte di ordinamenti stranieri che non nascondono la centralità del problema legato appunto alla capacità del processo di distinguere tra "scienza buona" e "scienza cattiva" (c.d. *junk science*) (si veda V. ANSANELLI, *Problemi di corretta utilizzazione della "prova scientifica"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 4, 1333 ss.).

Soltanto il consulente che sia dotato di elevate conoscenze in ordine alle specifiche questioni da trattare può somministrare al giudice quella "buona scienza" di cui egli ha assoluto bisogno.

6. Ben venga, allora, che la scelta del consulente tecnico avvenga nel contraddittorio delle parti, dove poi deve formarsi la prova per indicazione netta dell'art. 111 Cost., e prima ancora, degli artt. 194, comma 2°, 197, 201 c.p.c.. Estendere il contraddittorio sino alla fase della scelta del con-

sulente permette al giudice di approfittare, per acquisirle al giudizio, delle nozioni scientifiche possedute dai contendenti, in modo che la selezione soggettiva dell'esperto avvenga nella piena consapevolezza del confronto dialettico delle posizioni difensive e delle contrapposte informazioni.

Il "topos" procedimentale che può utilmente attivare tale contraddittorio tra le parti sulla scelta condivisa del CTU è probabilmente quello delle seconde e terze memorie ex art. 183, comma 6°, c.p.c., laddove attore e convenuto potranno dapprima, nel secondo termine, indicare le conoscenze scientifiche necessarie al tema di lite ed il nome o i nomi delle persone che assicurino al riguardo l'acquisizione di nozioni affidabili; per poi prendere posizione, sulle indicazioni della controparte, nel terzo termine dedicato alla prova contraria.

È compito prioritario delle parti, nell'esplicitazione del loro assetto difensivo, quello di rendere preventivamente edotto il giudice circa le condizioni che occorrono per una integrazione istruttoria dotata di validità scientifica, in rapporto alle caratteristiche delle diverse aree del sapere. Con l'avveduto apporto dei contendenti, la selezione soggettiva del tecnico esperto può essere meglio modulata sulle specifiche caratteristiche della consulenza e confortare l'auspicio della futura plausibilità delle conclusioni peritali.

Nel resoconto del dibattito svoltosi all'interno dei gruppi di lavoro predisposti per l'Incontro di studio organizzato a Roma dal 27 al 29 novembre 2007 dal CSM su "La consulenza tecnica d'ufficio", quanto proprio alla questione della scelta del consulente concordata con le parti, si dava atto che, mentre alcuni magistrati si erano dichiarati favorevoli, ed avevano riferito di procedere già abitualmente a comunicare ai difensori delle parti il nome del consulente nominando, oppure a richiedere ed ottenere dalle parti stesse alcuni nominativi tra i quali poi scegliere il CTU, altri giudici avevano espresso la loro contrarietà, evidenziando i rischi connessi a tale modalità di scelta, tra i quali una possibile contiguità fra difensore e consulente.

Al contrario, non pare azzardato sostenersi che la scelta del consulente tecnico d'ufficio operata con il concorso della volontà di tutte le parti soddisfi un valore di assoluta garanzia di imparzialità dell'ausiliare, scongiurando anzi l'attivazione del rimedio repressivo della ricusazione ex art. 63 c.p.c., tipico delle designazioni "al buio".

Una concertazione tra il giudice e le parti nella designazione del consulente può poi incentivare le sottintese o dichiarate (artt. 198 e 696 bis c.p.c.) finalità conciliative della stessa consulenza. Il successo del-

la conciliazione in sede di consulenza tecnica dipende inevitabilmente dalla fiducia che i contendenti ripongono nella persona del consulente nominato. La definizione conciliativa della controversia risulta agevolata davanti ad un soggetto dotato di specifiche competenze scientifiche, inerenti ai fatti causa, ma pure equidistante dalle parti, e lontano dallo stesso giudice che dovrà decidere della causa.

7. Per concludere, sarà apparso evidente come la questione della scelta del CTU, che qui si vorrebbe condivisa tra giudice e parti, lambisca in realtà un problema molto più complesso, che è quello, tuttora in larga parte inesplorato, delle modalità di validazione e legittimazione giuridica dei saperi scientifici.

Altri ordinamenti sono ormai pervenuti a mature elaborazioni dei criteri giudiziali di valutazione delle questioni scientifiche.

Si ricorda sempre il caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, risolto dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1993. La Corte americana segnalava in quella decisione gli elementi di validazione giuridica della scienza, e stabiliva una *checklist* che definisse il rapporto tra i poteri degli scienziati e dei giudici: i giudici, in pratica, fanno dipendere le proprie sentenze dalle opinioni degli scienziati, ma si riservano il potere di stabilire a chi riconoscere la qualifica di scienziato (cfr. M. TALLACCHINI, *Giudici, esperti, cittadini: scienza e diritto tra validità metodologica e credibilità civile*, in *Politeia*, 70, 2003, 83 ss.).

Nella dialettica del processo, la sentenza rappresenta la risposta con cui il giudice accoglie o respinge le domande delle parti.

Quando il giudice comprende che le risposte da lui dovute alle domande delle parti implicano il contributo di un sapere scientifico di cui personalmente non dispone, chiede l'ausilio di uno scienziato.

Il principio cardine del contraddittorio processuale e le logiche dell'epistemologia inducono a fare in modo che le parti possano cooperare col giudice nell'individuare lo scienziato cui devolvere le loro domande e rimettere le attese risposte.

Semmai ricordando pure il pensiero di chi sostiene che "lo scienziato non è l'uomo che sa dare le vere risposte, ma quello che sa porre le giuste domande". (Claude Lévi Strauss).

ANTONIO SCARPA
Giudice del Tribunale di Salerno

* * *

1. L'art. 52, comma 1, della più recente legge «in materia di processo civile» (n. 69/2009), ha ritenuto necessario innovare le disposizioni per l'attuazione del c.p.c. anche nella parte «dei consulenti tecnici del giudice», in particolare prescrivendo che la «vigilanza sulla distribuzione degli incarichi» debba svolgersi, a cura del presidente del tribunale, «in modo tale che a nessuno dei consulenti iscritti possano essere conferiti incarichi in misura superiore al 10 per cento di quelli affidati dall'ufficio», dovendosi «garanti[r]e che sia assicurata l'adeguata trasparenza del conferimento degli incarichi anche a mezzo di strumenti informatici».

Si tratta di una norma la cui ragion d'essere appare intuitivamente contraria all'ipotesi (che ho cercato di supportare ne *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Cedam, 2002, p. 370 ss.) del deferimento alle parti della scelta dell'esperto, come «cosa delle parti» insomma: ipotesi che parte della dottrina tradizionale continua a ignorare (in senso adesivo alla tecnica di «esperti imparziali scelti e nominati dallo stesso giudice» è ancora da ultimo Taruffo, *La semplice verità*, Laterza, 2009, p. 216).

Eppure, la novella decrementa ulteriormente il carattere fiduciario dell'incarico di ausiliare del giudice nel momento stesso in cui la scelta, in realtà, rimane sempre più aliena dai criteri esclusivamente propri del fiduciante (come consentiti -per esempio- dall'enunciato dell'art. 232 del *nuoveau code de procédure civile*: «Le juge peut commettre personnes de son choix»).

Del resto, relativamente alla natura fiduciaria della designazione del consulente tecnico, è lo stesso sistema dell'«albo» a riuscire in palese conflitto con l'assunto. Ed esperienze varie rivelano come, rimosso il carattere asseritamente fiduciario, il ruolo del giudice nella scelta del c.t.u. possa essere quello di un deteuragonista.

2. Già Mascardo riferiva quale principio nel diritto comune che «regula generalis est quod partes peritos eligant, et eis discordantibus, iudex, nisi sit materia quae dependeat mere a potestate iudicis, tunc enim consensus partium non attenditur».

Negli stati preunitari, il Regolamento toscano sanciva che le parti, ovvero l'una o l'altra di esse, s'intendeva — in mancanza di una designazione — che avessero deferito al tribunale la nomina dei rispettivi periti

(art. 265); il Regolamento pontificio consentiva alle parti di far avverare, mediante nomina congiunta nei cinque giorni successivi, la condizione risolutiva della selezione del perito operata dal giudice (artt. 687, 690); il Codice parmense lasciava alle parti di poter convenire sulla persona del perito da designare in un breve termine, sotto pena di designazione *ope iudicis* (artt. 280 s.); analogamente provvedeva il Codice estense (artt. 636 s.). E intorno al nucleo di questi modelli si alimenterà l'esperienza dei codici sardi, prima, di quello nazionale, poi.

L'art. 253, secondo comma, c.p.c. del 1865 prescriveva: «se le parti non si siano precedentemente accordate nella nomina dei periti, questa si fa con l'ordinanza o con la sentenza che ammette la perizia». Senza mezzi termini le disposizioni successive (artt. 254, 2° comma; 255, 2° comma) qualificavano la prima ipotesi come della «nomina fatta dalle parti». Questa evenienza era, peraltro, accolta dalla giurisprudenza con particolare favore, tanto da riconoscere alle parti un vero e proprio «diritto di modificare la nomina [*anche se già*] fatta dal giudice», con l'unico limite di ordine temporale segnato dalla avvenuta prestazione del giuramento a cura della persona designata dall'ufficio.

L'intero microsistema si fondava nettamente sulla scissione tra l'atto dispositivo del mezzo di prova, vale a dire l'ordinanza o la sentenza, e l'atto di designazione dell'incaricato: quest'ultimo non rientrava tra gli *essentialia* del provvedimento ammissivo (cfr. art. 252 c.p.c.), e — del resto — la contestualità documentale dei diversi atti rappresentava chiaramente un accidente, risultando semplicemente ospitato dal documento contenente l'atto giurisdizionale («con» il quale veniva ammessa la perizia) l'altro, di autore fungibile e natura variabile, di nomina del consulente.

3. Quanto al diritto positivo italiano, la migliore dottrina che abbia sin qui affrontato il tema della nomina del perito non ha mancato di rilevare l'alterità tra la «scelta» e la «nomina» del consulente, invocando quale riferimento anche il diritto straniero.

Nella ZPO tedesca, per esempio, il § 404 rimette la prima (cioè, la scelta) alle parti, la seconda (cioè, la nomina) al giudice, tenuto però a designare le persone sulle quali sia caduto l'accordo delle parti.

E la LEC spagnola stabilisce che «si las partes que solicitasen designación de un perito por el tribunal estuviesen además de acuerdo en que el dictamen sea emitido por una determinada persona o entidad, así lo

acordará el tribunal. Si no hubiese acuerdo de las partes, el perito será designado por el procedimiento establecido» (art. 339, comma 4).

Nell'indagine sulla peculiare natura del provvedimento di nomina si è fatto ricorso agli schemi di classificazione del diritto amministrativo.

Nè la conclusione circa la natura amministrativa dell'atto potrebbe certamente tornare in discussione per effetto di quelle disposizioni che, a determinate condizioni, fanno obbligo al «giudice istruttore che conferisce un incarico a un consulente iscritto in albo di altro tribunale o a persona non iscritta in alcun albo» di «sentire il presidente» oltre che «indicare nel provvedimento i motivi della scelta» (art. 22, 2° comma, disp. att. c.p.c.). Infatti, l'intervento del presidente integra una partecipazione vincolante sotto la specie del «controllo» o del «consenso». E se l'art. 22 disp. att. c.p.c. facesse riferimento a un provvedimento giurisdizionale ne sarebbe sopravvenuta l'incompatibilità con la Costituzione sotto il duplice profilo della soggezione del giudice (non immediatamente alla legge, quanto) a un'autorità non giurisdizionale («dichiarazione di giudizio del superiore») e della previsione di motivazione soltanto eventuale, secondo il segno del provvedimento (di scelta del consulente nonostante non iscritto nell'albo di riferimento).

All'inverso, l'art. 22 disp. att. c.p.c. soddisfa pienamente alla bisogna poichè è ammesso dalla giurisprudenza costituzionale che, in determinate funzioni non giurisdizionali, anche un magistrato possa risultare incapace di dichiarare la volontà ultima del potere al quale appartiene, come viceversa gli accade ineludibilmente quando agisce *uti iudex*.

In altre parole, il *potere* di scelta della *persona* del consulente tecnico, proprio in quanto sottratto alla riserva costituzionale di giurisdizione, è, dalla *legge*, *espropriabile* in danno del *giudice*, se ciò avviene in *modo* da ragionevolmente contribuire alla qualità e senza compromettere l'autonomia della funzione giudiziaria: il che, peraltro, la legge non manca talvolta di fare in misura assoluta sebbene per casi estremamente particolari (es.: art. 45 r.d.l. 15 ottobre 1925, n. 2033 e succ. mod.).

4. Tutta la premessa riesce anche funzionale all'applicazione, allo specifico procedimento di nomina del consulente tecnico d'ufficio, di alcune norme generali sull'«attività amministrativa», contenute nella legge 7 agosto 1990, n. 241, la quale incontrovertibilmente si riferisce anche ai procedimenti di amministrazione della giurisdizione.

In particolare, le norme sulla «partecipazione al procedimento amministrativo» principiano dal riconoscimento, in capo «ai soggetti nei

confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti», del diritto ad avere comunicazione dell'«avvio del procedimento stesso». E non v'è dubbio che, anche per la connessione delle disposizioni interessate (vale a dire gli artt. 7, 10 e 11), a formare lo scopo della comunicazione concorre l'attribuzione di una *chance* agli aventi diritto di formulare «osservazioni e proposte» che consentano una gestione informata (e magari) concordata del potere amministrativo che si viene a trovare in punto di svolgimento.

L'art. 11, comma 1, stabilisce, invero, che «in accoglimento di osservazioni e proposte presentate [dai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti], l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale».

Facendo applicazione dei principi relativi alle fattispecie convenzionali del provvedimento amministrativo, si può riportare la scelta del consulente tecnico a una disciplina assimilabile a quella dell'art. 253 c.p.c. del 1865, nonchè dei vigenti codici tedesco e spagnolo.

Di qui è agevole indursi a ulteriori considerazioni: i «soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti» sono le parti del processo, non foss'altro che per l'effetto incisivo della rispettiva integrità patrimoniale; non si dà «pregiudizio dei diritti dei terzi» in caso di nomina concordata del consulente tecnico poichè gli iscritti all'albo presso il tribunale sono sprovvisti di una posizione soggettiva giustiziabile nei modi dei diritti soggettivi, dunque la loro aspirazione al conferimento dell'incarico giudiziario non è tutelabile in quanto tale (al massimo, può costituire interesse legittimo dopo la novella per legge n. 69/2009 di cui si è detto *retro*); e, infine, il «perseguimento del pubblico interesse» è assicurabile attraverso il rispetto di indici presuntivi della capacità dell'incaricato che siano generalmente stimati tali (e comunque equipollenti agli indici utilizzati per iscrivere i richiedenti negli appositi elenchi degli uffici giudiziari).

Che l'autorità giudiziaria debba mettere in condizione le parti interessate di formulare le osservazioni e proposte astrattamente degne di costituire il nocciolo discrezionale del provvedimento deriva, come detto, già dall'obbligo di dare comunicazione dell'avvio del procedimento in forme (sì libere ma) idonee ad assicurare la conformità di quest'adempimento.

mento al suo scopo. Ma lo specifico obbligo di «favorire la conclusione degli accordi» si aggiunge al precedente, così da configurare una sorta di dovere d'azione di secondo grado, concretizzabile nella concessione di uno *spatium deliberandi* sufficiente a generare l'indicazione negoziale. Naturalmente, regna sovrano un principio di libertà delle forme concretamente idonee al raggiungimento dello scopo; del resto, il «giudice istruttore esercita tutti i poteri intesi al più sollecito e *leale* svolgimento del procedimento» (art. 175 c.p.c.). Nelle circostanze che occupano, ciò vuol dire astensione (almeno) da un esercizio immediatamente imperativo del potere di nomina del consulente pur dopo che egli si è positivamente determinato circa l'ammissione dell'esperimento istruttorio destinato ad essere condotto dal nominando. Sicchè, nelle ipotesi in cui le parti hanno il pieno dominio della materia (e non si tratti — cioè — di *status* o posizioni altrimenti indisponibili), vi è nel magistrato il dovere additivo di provocare, con azioni positive, le condizioni essenziali per raggiungere una nomina consensuale.

5. Solo per esporre alcuni dei modi attraverso i quali la proposta può essere legittimamente praticata, ferma la libertà del modulo operativo e la singolarità del suo atteggiamento in dipendenza del caso concreto, nella prima serie di ipotesi, con l'ordinanza dispositiva della consulenza tecnica (artt. 183, 7° comma; 191, 1° comma, c.p.c.) il giudice può indicare un termine entro il quale consentire alle parti di depositare comparse indicative della persona nominanda: nomina alla quale il giudice può provvedere «con altra successiva ordinanza», dove, se non vi ha provveduto prima, formula i quesiti e fissa anche l'udienza in cui il prescelto deve comparire, dettando il criterio di distribuzione provvisoria delle spese.

La formazione in due tempi successivi del provvedimento che promuove la consulenza tecnica può fornire uno stimolo alla designazione congiunta proveniente dagli antagonisti manovrando sapientemente la leva della distribuzione dell'onere di anticipazione. Se è vero che «ciascuna delle parti deve provvedere alle spese degli atti che [...] chiede» (art. 8 T.U. 30 maggio 2002, n. 115), non potrebbe venire immediatamente in rilievo un potere giudiziale di farne carico a titolo di «anticipazione» anche alla parte che alla pretesa abbia resistito. Invece, l'adesione infine prestata alla scelta di un determinato consulente potrebbe abilitare il giudice a porre sempre il carico finanziario su entrambe le parti, appli-

cato ragionevolmente il criterio dell'interesse manifestato dalle parti per l'atto dei cui costi si discute: interesse che, sia pure non originariamente uguale, è giunto ad esprimersi in pari misura da entrambi gli antagonisti. Vi potrebbe essere, allora, un sottile incrocio psicologico tra l'intendimento della parte inizialmente richiedente di sgravarsi immediatamente di una quota dei costi e quello della parte inizialmente resistente la quale, sapendo che si procederà comunque alla consulenza, sceglie di contribuire almeno alla selezione dell'incaricato.

Tra i molti effetti positivi indotti dall'amministrazione consensuale del potere di nomina del consulente tecnico rientra, con la protezione di quella situazione soggettiva fondamentale definita (dal *BverfG*) come «diritto ad un processo prevedibile» anche nella spesa, la contrazione di specifici rischi di «autoreferenzialità dell'esercizio delle funzioni giudiziarie»: se le parti costituiscono nel processo civile la traccia ombelicale del «popolo» nel cui nome la giustizia è amministrata, è giusto che una quota della loro auto-responsabilità sia impegnata nella designazione, pure *ex post* ritenuta necessaria, del soggetto terzo chiamato a somministrare la possibile regola di giudizio del caso (cos'altro sono — infatti — le «valutazioni in ordine [...] all'oggetto della verifica» di cui dice ora l'art. 696, 2° comma, c.p.c.?). E ciò a maggior ragione da quando la consulenza tecnica è divenuta, come ha finito per convenire (esplicitamente con un mio assunto) anche uno dei massimi studiosi dei temi probatori, Bruno Cavallone (cfr. *Riflessioni sulla prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 980 ss.), uno strumento di sistematico *outsourcing* dell'amministrazione della giustizia pubblica e una forma (più o meno liberamente acceduta) di esternalizzazione dei suoi costi verso gli utenti privati. Sicchè è tempo che almeno la scelta del consulente torni veramente «sache der parteien».

FERRUCCIO AULETTA

*Professore ordinario di Diritto processuale civile
Università di Napoli "Federico II"*